y por q̃ conforme a la ley 45 de Toro . y ... se de contra tercero poseedor
conf.do y bueno [illegible] de los [illegible] evidente [illegible] nullos. y de la nulli
dad [illegible] de citacion . y por q tiempo se prescriba el dicho remedio

565

25

41

POR EL ADMINISTRADOR DE LOS BIENES DE LA SEÑORA DOña Maria de los Rios y Mendoça, viuda del señor don Garcia de Medrano, que fue del Consejo de su Magestad, en el Real de Castilla, en el pleyto

CON

Doña Maria de Cabrera y Zuñiga, como madre, y tutora que dize ser de la persona, y bienes de don Rodrigo de Guzman y Cabrera, vezina de Madrid.

EL hecho deste pleito en suma contiene, que estando en possession de los bienes, sobre que es, la señora doña Maria delos Rios (y antes Francisco Aluarez de los Rios, de quien los huuo) desde ocho de Setiẽbre de 1578. hasta aora, que son mas de cinquẽta y quatro años de possession titular, y estando fuera desta jurisdicion en la ciudad de Granada, y siendo viuda, contra quien no ay priuilegio de caso de Corte, y quando lo huuiera, no se pidio, y tocaua a la Chancilleria de Granada.

Doña Maria de Cabrera, como quien pide vna possession sin controuersia, y vacua, *la pidio, y se le mandó dar sin perjuizio de los bienes sobre que es este pleyto*: por titulo del mayorazgo presenta-

do, que fundaron en veinte y vn dias del mes de Diziembre de 1570. años, don Rodrigo Põce de Leon, y doña Maria de la Merced su muger, en fauor de don Pedro de Guzman Ponce de Leon, su hijo mayor, por via de tercio, y quinto. Esta possession fue a aprehẽderse, y tomarse actualmente por parte de doña Maria, como tutora de don Rodrigo de Guzman y Cabrera su hijo, estando en ella los arrendatarios, y inquilinos de la señora doña Maria de los Rios, como es notorio por los autos: *Con lo qual no la tomò efectiua, sino verbalmente*; y el pleyto que oy se sigue es sobre esta possession, que pidio, y si le compete, o no el remedio possessorio de la ley 45. de Toro, contra posseedora cõ titulo y possession de mas de cincuenta años.

Assi mismo resulta deste pleito, que no ha sido *citada para el la señora doña Maria de los Rios, ni â dado poder para este pleyto*: y q̃ se ha seguido cõ vna substitucion que hizo en Iuan Garcia Ronquillo Procurador desta Audiencia, el Licenciado Alonso Gõçales, administrador destos bienes (con poder *para administrar, y no para litigar sobre la possessiõ, ni dominio de ellos*) que como vio que de hecho inquietaua a los inquilinos de la hazienda, que administraua, hizo la substituciõ referida, y exibiò los titulos de la haziẽda, los quales contienen, que auiendo quedado muchas deudas, y tributos sobre la hazienda de don Rodrigo Ponce de Leon, y de doña Maria de la Merced fundadores, que suenan del vinculo de tercio, y quinto, en que pretende auer sucedido don Rodrigo de Guzman y Cabrera, menor: muerto el don Rodrigo fundador

dor, sin constar, *que huuiesse llegado a efecto de partirse los bienes, y declarado qual era tercio, y quinto*; ni vsadose de la escriptura llamada vinculo: la dicha doña Maria de la Merced, y el mesmo don Pedro primero llamado, auiendo precedido informacion *de vtilidad, y decreto de juez, y necessidad instante, y consentimiento del mesmo llamado con su proprio hecho*, otorgaron esta venta, diziendo en ella a el principio, que doña Maria de la Merced la haze, *por si, y como tutora de sus hijos*, inserta la tutela la informacion de vtilidad, donde consta la necessidad, y las deudas sobre los mismos bienes, y como son mas antiguas que la fundaciõ del vinculo; y auiendo toda solenidad, buelve en la misma escriptura a duplicar, *que se obliga por si, y como su tutora: Y los mesmo repite tercera vez en la obligacion, y hipoteca de bienes*, con que dize esta parte, que este titulo es ligitimo, y de buena fe, y que aunque el mayorazgo fuera irreuocable (que no es, como se dirà despues) le dieron legitimo titulo, y buena fe, porque los bienes de el mayorazgo se pueden enagenar para pagar deudas de los instituidores, y porque vno de ellos, y el mismo primero llamado por vtilidad y libertad de los demas bienes lo pidieron, instarou, y efetuaron, como todo parece de la escriptura, y titulos presentados.

Doña Maria de Cabrera como tutora de dõ Pedro su hijo, pretende, que este vinculo fue irreuocable, porque tuuo pacto de no reuocar claulula de constituto, aceptacion del primero llamado; *y por referirse que en señal de titulo de possession, y para adquisicion de ella se dà, y entrega esta escritura publica*; y que assi en su hijo, muerto su padre,

dre, se trasfiriò por ministerio de la ley, la possession ciuil, y natural de todos, y qualesquier bienes del vinculo: y que el remedio possessorio para tomar la actual possession, le compete y ha intentado legitimamente, *en los bienes sobre q̃ es este pleyto*; porque dize son de los mesmos assignados en el tercio, y quinto, y que ningun titulo siẽdo ellos le puede impedir la translaciõ de possession, por el remedio de la l. 45, de Toro, ni la actual, que le està mandada dar.

El procurador del administrador de la señora doña Maria de los Rios replica, que no es asentado ser el dicho mayorazgo irreuocable, porque no fue por contrato oneroso, ni se entregò con efecto la possession de las cosas en el vinculo contenidas a el primero llamado, ni a persona con poder suyo; ni aunque se refiere q̃ se entriega la escriptura, *no dá el escriuano fe de la entrega*; ni consta de ella, ni se prueba, que el primer llamado sacasse traslado, *ni le tuuiesse en señal de possession, y titulo*, y en la mesma fundacion cõsta, que todo fue *vna disposicion verbal, y aparente*, cuyo efecto se puso para el tiempo de la muerte de los fundadores, como dos vezes se refiere en la escriptura, diziendo; *Conforme a el valor que aora tienen los dichos bienes, o el que tuuieren en los bienes que dexaremos, o a el tiempo de nuestro fin, y muerte*. Et ibi; *Con tal cargo, y condicion, que los dichos bienes de suso expressados, y declarados, e los que mas se metieren, e incluyeren, e presentaren en este dicho vinculo*. Y no cõstar, que se partieron, y assignaron los bienes cõ efecto, y demas desto auer sido la enagenacion por deudas, y tributos de los fundadores, *y aun anteriores a la fundacion*, y que assi el titulo no es

euidente

euidentemente nulo, y ha dado, y dâ ocasion de prescriuir, no solo los remedios possessorios, *sino la propriedad de los mesmos bienes*: dado caso que los que pone esta parte fuessen sin dificultad por particion hecha de los que tocaran, y se auian de adjudicar al vinculo, cabiendo en la mejoria de tercio, y quinto.

Esto supuesto, y que es hecho principal del pleyto, parece (aun sin llegarlo a fundar en derecho) *ser euidente la justicia de la señora doña Maria*, aun quando se tratara por pleito valido, por tribunal competente, por demãda de propriedad, y mucho mas siẽdo en juizio possessorio, y auiendo las dichas nulidades. Pero para que mas claro consten los fundamentos de derecho, esta alegacion se diuidirà en tres partes. En la primera se probará, que el remedio de la ley 45. de Toro no compete cõtra tercero posseedor con titulo, que no sea euidentemente nulo, y que este no lo es, antes legitimo, y suficiente para transferir dominio, aun dado caso que la mejora de tercio, y quinto *fuesse irreuocable*. En la segunda se probarà, que el dicho remedio possessorio està prescripto, y aun los bienes en propriedad con el transcurso de mas de cincuenta y quatro años, y en duda se ha de estar, y juzgar por el posseedor. En la tercera, q̃ todo lo actuado en este pleito es nulo, por defecto de citacion legitima, y de jurisdicion, y que en contrario no ay cosa juzgada, ni aunq̃ vuiera sentencia de reuista obstaua, ni podrà impedir las nulidades propuestas.

N. 1. POR las leyes 17. y 44. de Toro se decide de qual sea mayorazgo irreuocable, y qual sea tradicion de la escriptura, contracto oneroso, y verdadera entrega de bienes a el, en cuyo fauor se haze el mayorazgo, o a el q̃ tiene poder suyo, y en qualquiera destos casos, sequta acceptatione (como la huuo) el mayorazgo, o mejora de tercio, y quinto no dudamos, que sea irreuocable, y que proceda la disposicion de la ley perfecta donatio, C. de donat. y lo demas que largamente resuelue el señor Molina, lib. 4. c. 2. per totum: y el señor dõ Iuan del Castillo, tom. 5. cap. 8. per totum, & in additione: y los Tauristas en las leyes referidas 17. y 44. vbi laté, y el señor Castillo en el lugar referido del pacto, y promesa de no reuocar.

N. 2. En nuestro caso (si no nos engañamos) como consta de la exposicion del hecho, no tiene la escriptura de mejora ninguna de las tres calidades; porque que no tenga la de ser por contracto oneroso, de ella mesma consta, y que no aya auido entrega de bienes, assi mesmo se manifiesta de la escriptura, pues los fundadores se quedan en la possession verdadera, y las clausulas de constituto, *non secuta postea diuisione, nec adiudicatione certa*, no puedẽ obrar verdadera possession para cumplir con la ley, ni la obran sino ficta, vt in terminis resolvit Morquecho de diuisione bonorum, lib. 3. cap. 6, num. 24. ibi; *Et in melioratione tertij bonorum incertum est vsq; ad mortem, quid, & quantum in melioratione contineatur cum ad eius certitudinem, & valorem tempus mortis inspici debeat, vt in l. 19, & 23. Tauri, & incertus*

certus non acquirit, quia voluntas deficit certa, quæ in acquirenda possessione requiritur, vt in l. nihil tam naturale, §, vt igitur, ff. de reg. iur. l. quemadmodum, ff. de acquirenda possessione, l. 1. §. adipiscimur, & l. 1. eod. tit. l. licét, Ceo. Et n. 25. ibi; *Et videtur, quod dictus intellectus Telli potest procedere, quia ficta possessio, quæ transfertur per cõstitutum, procedat cum sit super rebus certis, vt in l. quod meo: & ibi DD. cõmuniter, ff. de acquirenda possessione, alias duo specialia concurrerent, scilicet ficta possesso & incertarum rerum contra legem primam, C. de dotis promis- & ideo incertarum rerum, & quote bonorum per costitutum possesso. non transfertur, Anton. Gom. l. 17. Tauri. n. 17. Mieres 1. p. q. 49. nu. 4.*

N. 3. Demas de no auer contracto oneroso, ni entrega efectiua de possesion, tampoco ay entrega efectiua de la escriptura en la forma q̃ se deuia, vt aduertit idem Morquechus, d. lib. 3. cap. 6. nu. 35. ibi; *Per traditionem instrumenti coram notario factam efficitur melioratio irreuocabilis, vt dictum est etiam si traditio non fiat in conspectu rerum donatarum*, que es el modo de adquirirse la possession, longa manu, l. pecunia 79. ff. de solut. ibi; *Possessionem quod admodo longa manu traditam*; Hugo Donelus lib. 5. commentar. iur. c. 9. ibi; *Alterum genus non naturalis, sed adstititiæ adquisitionis in possessione, quod secundo posui.* Et ibi: *Id in vna re tantũ receptum est iure magis ciuili, & singulari, quam naturali ratione, id autem est cum pro re, quam nobis quæsitam volumus instrumenta nobis á possessore traduntur eo animo, vt pro rei traditione cedant hoc modo dominium transferri scriptum est, in l. 1. C. de donat.* Como en la possession que se adquiere per *aspectum*, l. 1. §. penul. Gratianus tomo 4. cap. 615. num. 37, cum seqq. & l. quod meo, §. penultimo, de adquirenda possessione, & *hoc est longa manu*, & per traditio

nem clauium, l. clauibus de contrahenda emptio. & *per custodem*, l. quarundam, ff. de adquirenda possessione, & *per depositionem*, l. quod meo. §. si si venditorem. ff. eo tit. Dom. Couarrub. lib. 3. variar. c. 16. n. 11. & 12. Guzman de euict. q. 25. n. 24. 34. & 36. & facit ex Ouidio versiculus

An nescis longas Regibus esse manus.

por la disposicion de la dicha ley 1. C. de donation. y de los demas textos, y autoridades referidas.

N. 4 Luego en nuestro caso, en que no auiendo contracto oneroso, diuision, ni partició de bienes, ni entrega efectiua dellos ciertos (por no saberse quales auian de quedar de los fundadores a el tiempo de su fallecimiento, ni qual tiempo escogia el primero llamado, el de la mejora, o el dela muerte, pues no està hecha esta eleccion, ni la partija, ni auerse entregado la escriptura separadamente por titulo) ni dando fe de ello el escriuano *Podemos justamente dezir que no ay causa alguna que aya hecho irreuocable la mejora*, para serlo en terminos de las dichas leyes de Toro, pues era incierto, que bienes son los assignados para baxarse, o suplirse a la cantidad de la mejora, vt in terminis considerat Ceuallos q. 904. n. 82. Dom. Castillo, lib. 4. c. 54. nu. 33. ibi; *Cæterum contrariam sententiam affirmatiuam, quod scilicet supplectio fieri debeat ad valorem tertij, & quinti, sicuti è contra resecari id, in quo tertium, & quintum res assignata excederet, retius diffiniuit Senatus.*

N. 5 Pero dado caso, sin perjuizio de la verdad, que la dicha mejora de tercio, y quinto se tenga por irreuocable, y perfecta dela escriptura presentada, y de las cargas, y tributos en

ella

ella insertos, y informaciones de vtilidad, y prouecho, consta auerse hecho la venta, para pagar las deudas que tenia don Rodrigo Ponce, y doña Maria de la Merced su muger, fundadores, y que ella por si vendio, y como tutora, en nombre de sus hijos: y en este caso los bienes del mayorazgo irreuocable se pueden enagenar para la paga de semejantes deudas, y cargas, y a la satisfacion de las tales deudas està obligado el siguiente sucessor, que fue el q̃ vendio tambien, no solo quando las deudas las contraxeran los fundadores, antes de hazer la mejora irreuocable, vt resoluit dom. Molina, de Hispanorum, lib. 1. c. 10 n. 11, pater Molina disputatione 640. num. 5, Mieres parte 1. q. 24 num 122. & 4. p. q. 26. Gutierrez lib. 2. pract. q. 53. nume. 2. Quesada, q 32. Auendaño de censibus, c. 62. Robles Salcedo de repræsentatione, lib. 3. cap. 16. num. 46 & 47.

N. 6. Sino que aunque las deudas sean cõtraidas despues de la fundacion de la mejora, quãdo es por via de tercio, y quinto (aunqne sea irreuocable) se deuen pagar por el siguiente sucessor, y vale la enagenacion hecha en este caso, y assi se juzgò en esta Real Audiencia de Seuilla, como lo refiere el señor don Iuan del Castillo, lib. 4 controuersiar. cap. 35. á num. 32. & n. 46. & 47. ibi; *Cæterùm superioribus omnibus minimè refragantibus, contrarium definiuit iuridicè Senatus in casu posito, & salva causa perpetuitatis dicti vinculi in omnibus bonis vinculatis teneri dictum dom. Ioannem Martinez de Ribera, redditus decursos census persolvere, & censum ipsum recognoscere*; y dá la razon diziẽdo; que despues de hecho vn mayorazgo irreuocable,

 se

se puede diminuir por las deudas contraidas por los fundadores, quando la fundacion fue por via de tercio, y quinto; por que vno y otro no se sacan, ni debē antes de la muerte, vt ibi dicto num. 47. *Quoniam certi iuris est ex legibus Tauri, & nouæ collectionis Regiæ meliorationem tertij bonorum, siue tertij, & quinti (idem etiam ius est in quinto, quod in tertio, quàmuis de tertio leges loquantur) regulandam, & considerandam esse ad valorem bonorū tempore mortis meliorantis, & sic non solùm tertium, sed etiam quintum regulandum est secundùm tempus mortis, ita enim in tertio disponitur in l. 19. & 23. Tauri, quæ hodie sunt l. 3. & l. 7. tit. 6. lib. 5. & in tertio, & in quinto sic notauit Tellus Fernandiz. dict. l. 23. Tauri num. 2.* Et nu. 66. ibi; *Eo namq; casu cum tertium, & quintum, secundùm valorem bonorum, quæ tempore mortis superent considerandum sit, constat ipsum maioratum pro rata debitorum, quæ institutor denuò contraxit, diminuendum esse: sicq; in effectu ad eadem debita persolvenda maioratus successorem astrictum remanere.*

N. 7 De suerte, que aunque la mejora sea irreuocable, y aya especial assignacion, y clausulas de constituto sin embargo, la obligacion hecha por fundadores, y las deudas contraidas por ellos, se deben pagar, y cumplir cō efecto, aunque sea posterior; porque las clausulas fictas no obran verdadera entrega de la cosa assignada, para que dexe por esso de poderse hazer por ella la paga, dom. Castillo vbi supra, d. cap. 35. num. 67. ibi; *Non verò loquuntur quãdo traditio fuit ficta per clausulam constituti, vel traditionis instrumenti, & insuper in asignatione non consistit substantia meliorationis, quia melioratio fuit ex tertio, & quinto, aut ex tertio, & asignatio facta in aliqua re cum clausula constituti,*

ti, vel traditione scripturæ, & sic res verè remansit penes meliorantem, licet fictè in meliorato transire videretur: y dá la razon, que aunque expressamente por la ley de Toro se equiparan la entrega ficta, y la verdadera, esto procede para en quanto a la irreuocabilidad de la mejora; no para el efecto de la administracion, y insistécia de los bienes en que se quedan, o queda el que haze la mejora, que es lo que causa el contraer deudas, y hazer obligaciones, a que está obligados los bienes de la mejora, mientras nó llega el efecto de la muerte en que se à de efectuar, vt ibi; *Ratio est nam licet vera, & realis traditio, & ficta per traditionem instrumenti, aut clausulam constituti equiparentur in d. l. 17. Tauri, quoad irreuocabilitatem, vt nec vna reuocari posit expressè per meliorantem, nō tamen quoad effectum prædictum administrationis, & alienationis, aut obligationis bonorum, quando vere res remansit penes eum, qui meliorauit,* & *post modum alienauit; seu obligauit rem, in qua licet obligatio facta; non tamen substantia meliorationis collata, quia traditio vera, & realis maioris est virtutis, & effectus, quam ficta, & multum interest an in asignatione consistat substantia meliorationis, vt quando rei asignatæ traditio facta fuit; an in ea non consistat substantia meliorationis, licet melioratio alias irreuocabilis sit ex cōstituto, vel ex traditione scripturæ, vt ex Angulo in l. 3. glossa 2. ex nu. 4. & in l. 7. glos. 4. nu. 1. & seqq. supra adnotaui.* Que es conforme a la distincion q̃ entramos haziendo en el principio deste papel, supra num.

N, 8. La mesma resolucion, quando el mayorazgo nó es hecho con facultad Real, sino por mejora de tercio, y quinto, tiene el señor Luis de Molina lib. 4. cap. 2. num. 82. ibi; *Secundus casus*

ex quo maioratus semel pefectè absq; regia tamen facultate institutus, reuocari, seu limitari potest, est diminutio bonorum institutoris, ex post facto contingens, cum enim valor tertij, & quinti secundum tempus mortis æstimandus, atq; considerandus sit: ex l, 23. Tauri. Consequens est, vt si eo tempore bona maioratus institutoris diminuta sint, maioratus etiam aliàs irreuocabilis effectus diminuendus sit pro rata diminutiouis patrimonij ipsius institutoris. Et ibi Additionatores fol 276. plures DD. referunt. Y solo es dudosa esta doctrina quando la irreuocabilidad de la mejora se causa por cõtracto onerosо de matrimonio, vt refert dom. Castillo, d c. 35, à n, 59.

N. 9 Luego en nuestro caso, assi porque las deudas para cuya paga, y satisfacion se vendieron los bienes; eran, y està probado en la mesma escriptura de venta ser anteriores, justamẽte se pudieron vender, y enagenar los bienes del mayorazgo, aunque ya estuuiera hecha particion, y diuidido con efecto, para la paga, y satisfacion de las deudas de los instituidores: y porque aunque las deudas sean posteriores a la irreuocabilidad, por la- razones, y autoridades referidas, *tambiẽ disminuyen el caudal, y cuerpo de los bienes del mayorazgo*; y que esta deuda fuesse de la misma instituidora (pues ella otorgò la escriptura) no puede dudarse, para por lo menos auerse diminuido por su parte, y como tutora de sus hijos, se comprueba auer vendido, para satisfacion, y paga de las deudas de su marido, vno, y otro fundadores del mayorazgo hecho por la dicha mejora, que no podia tener efecto consumado hasta despues de su muerte de entrambos. Y consecuentemente no tiene

ne derecho la parte contraria para la possessiō de bienes. que dexaron de ser del mayorazgo; pues antes quando huuieran salido inciertos a estas partes por obligacion, y hipoteca, que hizo doña Maria de la Merced, como posseedor y sucessor de sus bienes, y vinculo, debia satisfazerlo oy el dicho don Rodrigo de Guzman y Cabrera.

N.10 Esto presupuesto, probado está (sino nos engañamos) que el titulo presentado por el procurador del administrador de la señora doña Maria de los Rios y Mendoça, es ligitimo, y quando esto fuera dudable, no se podrà dezir, que es euidentemente nulo, para que cō peta a la parte del menor el remedio de la ley 45. de Toro, contra el tercero posseedor, conforme a la resolucion del señor Luis de Molina, lib. 3, cap. 13. nu. 55. & 56. ibi; *Nam aut titulus, ex quo res maioratus à præcedenti maioratus possessore alienatæ fuerunt, est titulus simplex venditionis, seu donationis, factus ab ipso vltimo possessore propria authoritate, & absq; causa ligitima; atq; per consequens euidenter nullus, & tunc dicendum erit hoc titulo non obstante remedium possessorium; ex dict. l. 45. Tauri præstandum esse.* Y esta resolucion la siguen Auendaño, l. 45. Tauri, glossa 10. num. 1. Matienciis, l. 8. tit. 7. lib. 5. gloss. 5 num. 6. & 7. Azeued eadem l. 8. num. 24. Pater Molina tract. 2. disput. 638. nn. 4. fol. mihi 550. versi. *Tertium dubium est*; Parlador. lib. 2. c. 5. num. 8. Mieres part. 3. q. 15. nume. 171. & 172. in opere nouissimo, Salgado de Regia protectione, parte 3. cap. 10, num, 154.

N.11 Y aunque la contraria opinion, *aun en caso de que el titulo sea euidentemente nulo*, defiende el

 señor

señor Paz de Tenuta, p, 1, cap. 28. á nume. 27. cũ ſequentibus; *Et quod remedium poſſeſſorium non detur contra titulo poſsidentem, ſicuti nec petitio hæreditatis, per l. hæreditatis. C. de petitione hæredi.* fundat eleganter dom, Caſtillo, tom, 5, cap. 80, num. 15, col. 4, numeri, in principio, fol, 140.

N. 12 No nos queremos valer deſta doctrina, ſino de la meſma del ſeñor Molina, dicto cap. 13. nu. 55, & 56. porque reſuelue el que el titulo ſe dize euidentemente nulo, quando le dio el vltimo poſſeedor por ſu autoridad, y ſin cauſa legitima, y que no es nulo, ſino valido (contra quien no ſe dà el remedio poſſeſſorio de la l. 45.) quando el titulo es del meſmo inſtituidor del mayorazgo, o ſe haze la enagenaciõ por deudas ſuyas, o con facultad Real, vt ſic Molina lib. 3. d. cap. 13. nu. 55. in fine, ibi; *Aut titulus, ex quo alienatio facta fuit, processit â primo maioratus institutore, vel alienatio ex debitis eiuſdem facta fuit, vel aliás Regia facultate interueniente, & tunc dicendum erit pro rebus, hoc modo alienatis remedium dictæ legis 45. Tauri præſtandum non eſſe.* Luego es conſequencia legitima, que en nueſtro caſo el titulo es baſtãte, ſino ad proprietatem, como tenemos probado ſerlo por lo menos para impedir el remedio poſſeſſorio de la ley de Toro, y eſta meſma reſolucion ſiguen aſſi miſmo los Addicionadores del ſeñor Molina lib. 3. cap. 13. num. 32. vſque ad 56. fol. 262. & 263.

SECVNDA PARS.

ESTA queſtion de por quanto tiempo ſe preſcriba el remedio de la ley 45. de Toro y demas interdictos poſſeſſorios, la puſo a la

letra

letra Mieres in opere nouissimo,3.p.q.6. per totam, y en el num.7.8,& 51.resoluiò, que por espacio de diez años se perscribia este remedio: *Ex eo quod obliuio præsumitur per decenium, & eo tempore non amplius intelligitur durare ciuilem possessionem à naturali separatam*, l.1. & ibi glossa magna, C.de seruis fugitiuis, & tradunt latissimé Ceballos, tom.1.commun.q.98, Barbosa de præscriptionibus, l.2, à nume,49. Dom, Paz de tenuta, cap. 17, num.26.

N.14 Y en particular, que para excluir el remedio de la l,45.de Toro, a el sucessor del mayorazgo sean bastantes treinta años, lo resuelue el mesmo Paz, d.cap, 17.num, 35.dicens; *Putarem itaq; post triginta annos remedium possessorium ab eo, qui se esse maioratus successorem contendit, proponi non posse, sed solùm remanere petitorium, quod amittere nequiuit ex triginta, vel quadraginta annorum lapsu.*

N.15. Sin que se pueda dezir, que este Doctor en el num. 37. que es el final del cap. limita, el que estos treinta años (para excluir a el sucessor del mayorazgo del remedio possessorio) han de ser con cada sucessor, y que el silencio, y tiempo passado en el de los antecessores, no prejudica a el siguiente en grado, ibi; *Sequenti tamen in gradu neutro casu præiuditium infert*; porque demas que no puede ser, ni es conforme a derecho, que el remedio possessorio se conserue ciuilmente, no solo *post decenium, sed etiam post triginta annos*: si esto se huuiesse de entẽder, que auia de correr para excluir de la possession contra cada sucessor de mayorazgo, no vendriamos a dar ninguna diferencia entre la possession, y la propriedad; porque si los treinta años se han

de

de contar enteros contra cada posseedor con los dichos treinta años, y titulo (como en nuestro caso los ay, y aun mas de cincuenta) basta para inducirse prescripciõ en propriedad, Caldas Pereira q.23.num,102.fol.277. dom. Paz ad leges stilli, l.200. nu.46. in principio, & nu.52. cum seqq. dom. Castillo tom,5.cap.93.§,8,n,8. ibi *Præscriptionem longi temporis in bonis maioratus præiudicare ei, contra quem præscribitur, minimé tamen nocere successoribus.* Et ibi: *Quod quamuis præscriptio triginta, vel quadraginta annorum habeat locum aduersus maioratus possessorem, vel res fideicommisso, aut restitutioni subiectas possidentem: attamen aduersus alios successores, seu fidei commissarios (quorum dies restitutionis nondum cessit, nec venit) secus dicendum est.* Y en el nume.15. funda, que ni aun la de quarenta años con titulo basta en perjuizio de los siguientes; y que contra estos sea necessaria præscripcion inmemorial, lo resuelue en el nu.27. y por todo el §. 8. que menos que la prescripcion inmemorial no prejudica a los siguiẽtes, sino es que la prescripcion 30. vel 40. annorum *sit cum quolibet possessore cepta, & completa*, iuxta distinctionem, & resolut. dom. Molina lib,4,cap,10. per totum; pero que basten solos treinta años, etiam in proprietate, y quarenta sin titulo, resoluit nouissimé Didacus Brito tractatu de locato, & conduto, cap, potuit, §,2, á num,49, ad §.4. á fol, 368 cum seqq. & infra dicitur.

N,16 Pues tunc sic, si por las autoridades referidas, y por la del señor don Christoual de Paz particularmente dicta l,200, stilli, nu,46, los 30, años con titulo, començados, y acabados con el posseedor son bastantes para pres-

crip-

cripcion de la mesma cosa (por lo menos contra el) como se ha de entender, que el mesmo Paz en el d. cap. 17. num. fin. dixesse, que esto tã bien era necessario para prescribir el remedio possessorio, no lo dixo, sino, que en el dicho numero hizo vn sumario de todo lo que auia resuelto en la question, diuidiendo, y absoluiendo la resolucion, con que la accion de tenuta a el verdadero sucessor del mayorazgo sele prescribia por seis meses, para con el supremo Cõsejo, y los interdictos possesorios por treinta años para con los demas Tribunales.

N. 17 Y despues desta resolucion entra diziẽdo en el vers. *& post eos*, q̃ passados los dichos 30. años, le compete el juizio possesorio a el sucesor del mayorazgo, con vna de dos calidades, con que solo ayã passado los dichos treinta años sin otro hecho; o cõ que el mesmo por su culpa, y hecho proprio no aya vendido, o consentido en la enagenacion: y que si esto sucediere, tambien pierda el petitorio el sucessor del mayorazgo; *Pero que en ninguno de los dos casos se le siga perjuyzio a el siguiente en grado*, hoc est, por solo el oluido, y transcurso de los 30. años, el primero, y el segundo por auer precedido consentimiento del antecessor, mas todo en terminos destoruar el petitorio, y accion del, y propriedad a el siguiente sucessor del mayorazgo; *no para el caso del juyzio possessorio, que ya quedaua resuelto antes del versiculo, & post eos:* y en que no ay la distincion de si passaron los 30. años, sin otra cosa, y de si consintio el antecesor la enagenaciõ, q̃ son los dos casos en que dize que no daña a el siguiente; *ad proprietatem scilicet, non ad pos*

 sessio-

sessionem. Et in hunc modum annis elapsis vidi resolutum in vna decisione manu scripta â domino D, Ioseph Vela huius senatus quondã, & nunc Granatensis Senatore dignissimo, interpretando assi la doctrina, y resolucion del señor Paz, d, cap. 17. num. 37. y obserué las palabras siguientes,

N. 18 *Ad intelligentiam doctrinæ D. D. Christophori de Paz, d. cap. 17, in 1, & 2. parte, nume. 37. adde quod author hactenus firmauit possessorium maioratus in regijs Prætorijs triginta annis indistinctè præscribi* (in secunda verò parte, in versi. & post) *hinc vere incipit agere de petitorio, in quo duos casus distinguit, primus est, quando petitorium intentatur post triginta annos â successore maioratus ex solo obliuione; quo casu ait rectè ab eo petitoriũ intentari, neq; illius temporis transcursu ei præscriptũ esse. Alter casus est, cùm tam seró petitorium intentatur alio etiam successoris facto puta culpa, alienatione, vel expresso consensu, & tunc inquit author petitorio præscriptum esse per spatium triginta annorũ, nec posse postea illud per successorem intentari: subdit tamen author, quód neutro casu, scilicet neq; ob obliuionẽ, neq; ob aliud successoris factũ sequẽti in gradu præiuditium aliquod infertur quoad petitoriũ.*

N. 19. Este es el verdadero entendimiẽto de la resoluciõ de Paz, y q̃ por el trãscurso de treinta años, quede prescripto el remedio possessorio; con que este pleito viene a quedar sin dificultad, pues sin pedir, ni intentar el dicho remedio possesorio se han passado mas de 50. años, y assi he sabido se determinò por la Real Chancilleria de Granada en la causa de Manuel Gomez vezino de la villa de Llerena, en el pleito con don Juan Francisco de la Vera, vezino de la villa de la Fuente del Maestre.

N. 20

N.20 Por los titulos presentados cōsta, que esta parte tiene possession con titulo, y buena fe, no solo por tiempo de mas de 40. años, sino de mas de 50. Y es de aduertir, que en este titulo no ay vicio aparente, porque quando se hizo la venta de los oliuares (sobre que es este pleito) no constò, ni en toda ella parece, ni se enunciò; que de los dichos bienes estuuiesse hecha mejora de tercio, y quinto, & sic cōstar de bona fide, y conforme a derecho la prescripcion quadragenaria titulada, es de tanta fuerça, que la tiene de prescripcion inmemorial, c. 1. de præscriptionibus, lib. 6. cap. cum personæ, §, quod si tales, de priuileg. eod. lib. dom. Molina lib. 2. c. 6, num, 51, & 52. Gutierrez lib. 1, practicarum, q. 86. nu, 1, & per totum, Paz ad leges stili, num, 44, & 45. Pater Molina disputatione 75. Auend. de censibus cap, 8, nu. 17. dom. Valēçuela consi. 43, nu. 34, Mieres 4. p. q. 20. nu. 366. & q. 21. nu. 54. Febo decisi, 82, Barbosa de præscription, in rubrica num, 399. dom, Castillo, d. cap, 93. §, 8, á num, 10. & 11. & tom, 7, de tertij, c. 34, num, 13.

N, 21 Y demas que como está aduertido, el titulo presentado no tiene vicio aparente, y està manifestando buena fe, si la dicha possession quadragenaria titulada tiene fuerça de inmemorial; probada esta; *præsumitur bona fides ex natura ipsius p̄scriptionis* dominus Anguinus, tractat. de legibus lib, 2, controuersia, 20. à n. 46, ad 50. Fontan, de pact, nupt, tom, 1, claus. 4. glos, 17, nu, 37, dom, Solorçanus de iure indiarum, lib, 3, cap, 3, nume. 78, Barbosa in collecta, ad cap. fin, de præscriptionibus, dom, Castillo dict.

dict,tractat,de tertis,cap.26,à num,23.

N.22, Sin que obste dezir,*quod aliud est esse tale, aliud haberi pra tali*,glos,verb. magones, l.mercis 207,de verborum signif,& quæ tradit Bobadilla,lib,2,cap,14.num,41,in fine:y que assi aunq̃ la quadragenaria con titulo, tenga fuerça de inmemorial,no lo es,y que la inmemorial, porque los bienes de mayorazgo se prescriben ad laré tradita per dom,Molinam lib,4,cap,10,n.10, es en la mesma prescripcion inmemorial proprio, & vero significatu,no en la quadragenaria titulada, con que no se puede dezir, que por el titulo de venta presentado, se aya prescripto cõtra el derecho del mayorazgo en perjuyzio de los siguientes sucessores. Nam respondetur,que demas que este mayorazgo, como está probado,no quedò perfecto, ni lo estaua quando se hizo el titulo,y venta referida pues no podia tener efecto consumado hasta la muerte de doña Maria de la Merced, y que assi se puede conceder,que se començò a prescribir antes que la dicha mejora fuesse efectiuo mayorazgo, ad ea, quæ tradit dom.Castillo,tom,6,cap,155.num,9.

N.23 Dezimos, que quando se considerara hecho el mayorazgo para prescribir contra el y derecho de los sucessores,basta la prescrip-de 40 años,Brito d,tractatu de locato,& conducto,cap,potuit,§,2,à num,49,ad 54, & hanc resolutionem indistincté tenet dom, Molina lib,2,cap,6,num,51.& 52.ibi;*In qua quæstione dicẽdum est quadraginta annorum præscriptionem cum titulo sufficere, hæc namq; præscriptio immemoriali equiualens est,adeo vt quoties lex præscriptionem requirat præscriptio*

tio quadraginta annorum cum titulo sufficiens sit. Et ibi Additionatores fol.134. in illis verbis: *Vera, & communis resolutio est, quòd præscriptio quadragenaria cum titulo equiualet immemoriali quotiescunque ad præscribendum immemorialis præscriptio necessaria est, idq; procedit non solum in præscriptione maioratus, verumetiam in præscriptione regalium:* y los mesmos Addicionadores lib,4.cap.10 in fine,ibi; *Idem asseuerandum esse censemus in præscriptione 40.annorum cum titulo, quo tempore etiam in bonis maioratus currit præscriptio, quia ex magis recepta sententia equiualet immemoriali.:* sin que se haga la distincion que el señor Castillo, d. cap.93.§,8.num.11.cum sequentibus, & nu. 17.& tom.7.de tertijs, cap.34.numer.13. porque no se infiere de la resolucion del señor Molina.

N.24 Luego el titulo presentado es legitimo.y ha dado buena fe, y ocasion de prescribir, no solo el remedio possessorio, sino los bienes en propriedad, quando fueran de mayorazgo irreuocable (que no son) y en duda siempre se ha de tener, y hazer interpretacion en fauor del que possee; *Posidentis enim conditio in dubio semper est melior.* l. fauorabiliores, impari,ff.de regulis iur,l. Arianus in fine,ff. de oblig. & acci.l.2.ff.vti posidetis, ibi; *Qualiscunq; enim possessor hoc ipso, quod possessor est plus iuris habeat, quàm ille qui non posidet*, probat text.in l.40, ad fin.tit,16.part.3. eleganter distinguit Thomas Sanchez lib.2. ~~donatario~~, disputatione 41.per totam, Caldas

 consi,

consi, 53. num, 9, Pater Salas tractatu de ludo, dubio 7. num. 5. in secunda secundæ D. Thomæ, Iuan SS. disputatione 42. à num. 7, & disputatione 44. numer, 54. Pater Gabriel Vazquez ad primam secundæ Diui Thom. disputatione 66. cap. 7. num. 42. ibi *Adde quod nullus iudex in foro exteriori propter vrgentiores rationes non valentes assensum generare possessorem re, quam possidet, espoliaret, si certum iuditium, & legem ferre vellet*: & plura cumulat dominus Castillo lib. 4. cap, 23, num, 27. & 28.

TERTIA PARS.

COMO está referido en la exposicion de hecho, la señora doña Maria de los Rios era vezina, y domiciliaria de la ciudad de Granada, y no pudo ser conuenida para intentar este remedio possessorio en esta ciudad, y mucho menos se pudo tener por hecha la citacion legitima con la contradicion que salio a hazer Iuan Garcia Ronquillo procurador del administrador; y consequentemente el auto del Iuez, en que recibio la causa a prueba, y dio termino para auisar, y mandò responder, y el auto en que se de boluió por la Audiencia el pleito al juez ordinario, sõ nullos por defecto de citaciõ legitima, y por defecto de jurisdicion; *Nam prima causæ citatio non potest incipere à procuratore*, per textũ, in l, aut qui aliter, 5. in principio, versiculo, *Et si forte*, vbi glossa, verbo *ad domũ*, ff. de

536

q. vi aut clam

ff, de vi, & vi armata, Iacobus Cancer. lib. 1. resolut. parte 2. cap. 14. num, 117. & 118. Grat. tom. 1. discept. cap. 145. à num. 1. Barbosa latissimé in remissionibus Doctorum, lib, 5, titulo 2. nume, 1, & 2, fol, 120. donde resulue que no siendo el poder dado para pleytos, sino es que el procurador lo consienta, no poder ser citado, y que la sentencia que se diere con semejante procurador, es nulla, vt ibi; *Citari non potest procurator nisi consentiat cõstitutioni in se factæ, & ita audiui iudicatum in senatu Portugalensi, & annullatam sententiam latam ob defectum citationis*, & tradit Valascus consultatione 144, num. 7. *Procurator enim debet esse certus, & nominatus:* esto no fue en nuestro caso, porque solo se hizo (en Iuan Garcia Ronquillo) vna substitucion de vn poder no para pleytos, y el no consintio en la jurisdicion, pues reclamò, y lo truxo a el Audiencia, imò hizo declinatoria en forma, y aunq̃ no declinara, no podia perjudicar a el derecho del señor, idem Valascus dict. consultatione 144. num. 11. ibi; *Et in hoc dubio iudicatũ in senatu nullumq́ processum, & sententiam, quæ agitata fuit coram iudice illius præpositi ad citationem, quia licet quis consenserit, quod citaretur, vel haberetur pro citato in persona Titij, non ideò fuit visus consentire quod talis citatio fieret coram non suo iudice, vel quod sufficeret citatio coram iudice incompetenti illius Titij, nec quod conueniretur in alieno territorio, quia vnum non sequitur necessarió ex alio, & renuntiatio fori non est inducenda quando expræsè non fit, l.*

penult.

penult.C.de pactis. Y es de aduertir, q̃ en este caso, en que Valasco dixo, que era nula la sentencia, y citacion, se auia dado termino a el procurador para consultar a la parte, vt ibi num.6.

N.26 Luego en nuestro caso conocidamente ay nulidad por defecto de citacion legitima, y de jurisdiccion, præcipué, que Iuan Garcia Ronquillo no era procurador de la señora doña Maria de los Rios, en este, ni en otro pleito en especial, ni en general, y la citacion para que perjudique, y sea legitima, a de ser valida, y a la parte, o procurador que tenga poder suficiente, l. de vno quoque 47.ff. de re iudicata, ibi; *Præsentibus omnibus, quorum causa contingit iudicari oportet*, l, nam ita diuus 29. ff. de adoptionibus, ibi; *A diuitis etiam ijs, qui contradicerent*, id est, *qui læderentur*, c. qualiter, & quãdo, de acusat. Clementina pastoralis, §. cæterũ, de re iudicata, c. interquator de maiorat. & obedient. cap. 1, de causa poss. & propriet. ibi; *Nec nos contra inauditam partem aliquid possumus definire*: Assinio in praxi iuditiorum, §.6, cap 13, Ricius colecta 203, Ceuallos q.808. Rota, p.1. decisione 64. Farinat in nouissi. par. 1 decisione 118. nu, 2. & decisione 224. & 584. Donelus lib. 13. comment. iuris, cap. 2. & ibi Osuald. in notis. imò no basta que el procurador tenga poder general para pleitos, sino es que sean con el mesmo con quien se litigaua quando se otorgó el poder, y cita-

cion

cion que se haze a semejante procurador, es nula, y lo actuado, y la sentencia, Cardinalis Mantica decisi. 291. nu. 1. ibi; *Primus est quod Marcus non fuit legitimè citatus, & consequenter sententia nullius est momenti, Clementina Pastoralis de re iudicat. l. de vnoquoq; ff, de re iudicat. nam siquis, qui fuit citatus non est procurator à Marco constitutus in hac causa, quæ agitur contra dominum Acurtium, & clausula generalis, quæ subijcitur, & [non] ad omnes causas, coram alijs iudicibus sane intelligitur de causis, quæ sunt motæ, vel mouendæ contra eum, dumtaxat cuius nomen in mandato fuit expreßum, non autem contra alios, Bartol. in l. quod dicitur, in princip. nu, 1. ff. de tutel. quod est singulare dictum*: como si dixera, no es legitima la citacion simple, en que se resuelue la possession dada con contradicion de Iuan Garcia Ronquillo, ex ijs quæ tradit Parlad. lib. 2. rerum quotidianar. c. 6 mayormente, que la sustitucion hecha por el administrador fue ninguna, pues el no tenia poder general, ni especial para pleitos, sino solo para administrar, y en todo acontecimiento las clausulas del poder *se restringen a solo lo especificado en el*, vt mirabiliter resoluit Gratian. discept. tom. 4. c. 737. nu. 10.

dom Castillo lib. 3 controuer. cap. 24 nº 64 ad 83 et nº 82 ... data sine prejudicio. et dict. num. ... tempore dicatur quis procurator ad hoc ut citari debeat quamuis sit in ... procurator —

N. 27 Y esta es la causa porque el procurador que asiste en juizio a defender, o acusar, tenetur *ostendere mandatum sufficiens manu aduocati subscriptum*, ex l. 3. tit. 2. lib. 4. & l. 55. tit. 1. lib. 3. y si falta este poder, el juyzio es nulo, y el abogado que firmò el poder por bastante, tiene obligacion de pagar las costas,

que han causado por la falta de poder, vt in terminis resoluit Amador Rodriguez tractatu de modo, & forma videndi processum cap. 3, nu. 18. fol. 39. demas que el poder dado a el licenciado Alonso Gonçalez es restricto, y aunque tuuiera clausula gl. no es bastante para ser citado para pleyto nueuo, en juyzio, y ante juez incompetente.

N. 28. Y no solo se puede oponer la nulidad contra lo actuado, quando es por defecto de citacion, o de jurisdicion, y contra el auto que huvo de que respondiesse el procurador, sino que quãdo se vuiera dado sentencia de revista, y aora se diesse en contra desta parte (que no esperamos) la nulidad de defecto de citacion, y de juridiciõ, obra deshazer todo lo juzgado, y se admite, non obstante, l. 4. tit, 17, lib. 4. & noua pracmatica anni 1615, & pracmat. 1623, porque la nulidad que toca a defecto de citacion legitima, como de derecho natural, no la puede quitar el principe, ni la ley, Bald. consil, 21. num. 2, volu. 5. ibi: *Si non constat de citatione, vel cõstat de nullitate citationis, etiãsi de nullitate per aliquod statutum non possit oponi tamẽ iudex ex officio supplere debit de negãdo executionẽ sententiæ non tãquã cognitor, sed tanquã bonus vir, & verus minister legis.* Et ex doctrina Inocen. in cap. Rainũtius de testam. Afflictis decis, 83. Caldas recept. sentent, quæst, 23, num. 84. Surdus, consi. 373, n. 37, Scha. de appella. lib. 3, quæst, 17. limitat. 6, Membro 7, nu. 76. & 78. Grat. tom.

tom.5.discep,cap,998,num.15.ibi: *Cũ ex lectura sententiæ constet illã fuisse latã citato solumquatratio procuratore fiscali pro suo intereße,non autem citatis dictis aluergatoribus ideò illis non periudicauit tanquã talis defectus respiciat defensionẽ.* Et inferius, num.16 vbi: *Etiam quod talis defectus non suppletur,nec à statuto, nec ab ipso principe. Decius, consil. 63,viso puncto columna penult.nu.11.Romanus singulari 673.Tusis num.1.*

N.29, La mesma resolucion etiam de iure regio sequuntur Azebed,consil,23.nu.32. dom.Paz de Tenuta, part 1. cap. 14,num,6, & n,8.ibi; *Cæterũ id prætermittendũ non duximus etiam in terminis legis nostræ,& dictæ l.4 non censeri sublatã nallitatẽ, quæ prouenit ex defectu citationis cũ iuris naturalis sit, & nulli defensio sit auferenda,l. defẽsionis facultas C. de iure fisci,lib.10*,nouissimé Torreblanca de iure spirit, lib, 15, cap, 12. per totum,&num,12,& 13,ibi; *Ideó de hac nullitate lex regni minimè loqui videtur,quia ex iure positiuo tolli non potest,quia naturalia immutabilia sunt*, & ibi; *Secundò non solúm quando nulla procedit citatio talis sententia nulla est,& aduersus eam auditur, sed quando etiam eßet citatio nulla, aut inualida:* & num,88,& num,109,que no obstan tampoco las pregmaticas del año de 1615, & 1623, y que sea lo mesmo la falta de poder, que la falta de jurisdicion; y que se equiparen en todo, idem Torreblanca, d,cap,12,num,34, ibi: *Defectus enim mandati & iurisdictionis equiparantur,& valet argumentum de vno ad alium, l, & quia de iurisdict.omnium iudic.cap.gratum,& cap relatum,*

Cancer. lib 2 cap 15 nº 41 et 44

latum, cap, cum olim officio delegat. nam cum iudicium constare non poßit sine iudice, actore & reo, talis defectus est insanabilis, & admittitur contra quascunque sententias principis, & n. 36. ibi: *Sexto contra quascunque sententias superiorum etiam de reuista opponi potest de iuris ordine non seruato*. Y se cita el autor en el cap, 30, de Magia num, 9, cum sequentibus.

Con que parece que es sin dificultad ser nula la sentencia de vista, y que quando fuera valida, está comprobado la clara justicia desta parte, para que se dena reuocar. Saluo, &c.